

OSNOVNE KARAKTERISTIKE ŠERIJATSKOG KRIVIČNOG PRAVA U POREĐENJU SA DOMINANTNIM KRIVIČNOPRAVNIM SISTEMIMA

Apstrakt

Šerijatsko pravo spada u red tzv. velikih pravnih sistema. Ovaj tekst je posvećen šerijatskom krivičnom pravu (ukubat; uqubat), odnosno njegovim osnovnim karakteristikama. Cilj rada je da se ukaže na njegova osnovna obeležja, da bi se napravila načelna komparacija sa dominantnim krivičnopravnim sistemima, u koje spadaju evrokontinentalni i anglosaksonski. Naime, nije teško zaključiti da se šerijatsko pravo, uključujući i njegov krivičnopравни deo, kao sakralno pravo, poprilično razlikuje od sekularnih pravnih sistema. Međutim, treba pronaći i neke tačke vezivanja kojih svakako da ima, jer se, između ostalog, kao jedan od izvora međunarodnog krivičnog prava javljaju opšta načela krivičnog prava koje priznaje zajednica država.

Ključne reči: *šerijatsko pravo, krivično pravo, ukubat, krivična dela, krivična odgovornost, krivičnoppravna reakcija.*

1. Uvodna razmatranja

Antonio Kaseze (*Antonio Cassese*), jedan od vodećih svetskih stručnjaka za međunarodno i međunarodno krivično pravo, izneo je u svom udžbeniku Međunarodno krivično pravo zanimljivo zapažanje povodom jednog izvora ove grane prava. Reč je o *opštim načelima krivičnog prava koje priznaje zajednica država*, povodom kojih veli: „Jasno je da neko načelo krivičnog prava može spadati u ovu vrstu samo onda ako sud utvrdi da je zajedničko ne samo anglosaksonskom i kontinentalnom pravnom sistemu, nego i drugim pravnim sistemima, kao što je to pravo islamskog sveta, azijskih država kao što su Kina i Japan, i afričkog kontinenta“.³

¹ Departman za pravne nauke, Državnog univerziteta u Novom Pazaru, email: ecorovic@np.ac.rs.

² Departman za pravne nauke, Državnog univerziteta u Novom Pazaru, email: sganic@np.ac.rs.

³ A. Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005., 38.

Ova konstatacija nas je potakla da istražimo osnovne karakteristike šerijatskog krivičnog prava, s obzirom da je ono u manjoj ili većoj meri zastupljeno u jednom broju državama sa većinskom muslimanskom populacijom. Cilj ovog rada je da utvrdimo sličnosti i razlike u ustrojstvu osnovnih krivičnopравnih instituta u šerijatskom, s jedne strane, i evrokontinentalnom i anglosaksonskom pravnom sistemu, kao dominantnim krivičnopравnim sistemima, s druge strane. Pre toga ukratko ćemo se osvrnuti na opšta obeležja šerijatskog prava kao takvog.

2. Osnovna obeležja šerijatskog prava

Izraz šerijat (šeri'at, shari'a)⁴ bi se mogao prevesti kao put, put ka pojilištu ili put do vode.⁵ Kako ističe jedan od vodećih šerijatskih pravnika današnjice Jusuf el Kardavi (*Yusuf al-Qardawi*) šerijat je „Božja riječ, a Božja riječ je najuzvišenija“.⁶ Zato, prema islamskom učenju pravo nije ništa drugo do „pretočena Božja volja sadržana u dva glavna izvora: knjizi objave (*Kur'an*) i riječima i djelima Poslanika Muhameda a.s. (*Sunet*)“.⁷ Znači, reč je o jednom pravnom sistemu sa dominantno religijskim karakterom. Od strane islamskih pravnika se kao jedna od osobenosti šerijatskog prava navodi njegovo božansko poreklo.⁸ Konstatacijom o božanskom karakteru šerijatskog prava, došli smo i do onoga što se u „laičkim“ pravnim sistemima naziva materijalnim izvorom prava, ukoliko se ovaj pojam tumači kao „uzrok koji izaziva stvaranje prava“,⁹ što je, u slučaju šerijatskog prava, svakako „Božja volja“.

Šerijatsko pravo predstavlja sakralno pravo (*sacred Law*), dok se nauka o šerijatu (*the science of shari'a*) naziva *fikh*.¹⁰ Prema tome, postoji razlika između onoga „što se u islamu smatra Božjim zakonom (šerijat) i između ljudskog razumijevanja tog Zakona (*fikh*)...“, te u tom smislu treba spomenuti da „autori koji pišu na engleskom jeziku obično koriste

⁴ U literaturi koja se odnosi na islam koriste se različite transkripcije arapskih termina.

⁵ N. Smailagić, *Leksikon islama*, Svjetlost, Sarajevo, 1990., 580; Dž. Latić, S. Smajkić, „Šeri'at i njegov značaj za Bošnjake“, predgovor knjizi: Y. el-Qardawi, *Halal i Haram u islamu*, Novi Pazar, el-Kelimeh, 1997., 17.

⁶ J. el Kardavi, *Šerijatsko pravo*, el-Kalem, Sarajevo, 1989., 146.

⁷ F. Karčić, *Šerijatsko pravo: Reformizam i izazovi modernosti – Hrestomatija tekstova i eseja*, 2009., 9, www.bosnamuslimedija.com, pristup 20.12.2010. Napomena: slova „a.s.“ predstavljaju akronim od reči „alejis-selam“ što znači „neka je mir na njega“. Reč je o formulacijama (postoje još neke slične) koje se u islamu i islamskoj literaturi koriste prilikom pomena imena pojedinih Božjih poslanika.

⁸ J. el Kardavi, 16. I domaći pravni istoričari se pozivaju na ovog autora i navode predmetno obeležje kada razmatraju karakteristike šerijatskog prava. Vid.: S. Avramović, *Opšta pravna istorija: stari i srednji vek*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije, Beograd, 1999., 279.

⁹ R. Lukić, M. Živković, *Uvod u pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1995., 315.

¹⁰ J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1982., 1 fn. 1.

termin *islamic law* (islamsko pravo), koji obuhvata norme objavljenog Zakona (*shari'a*) i tumačenja pravne nauke (*islamic jurisprudence*)¹¹. No, neretko se navedeni pojmovi koriste kao sinonimi.

U cilju pojašnjenja načelnog koncepta šerijatskog prava poslužit ćemo se rečima prof. Karčića, koji ističe: „Propisi islamskog prava sadržani u ova dva izvora (*Kur'an* i *Sunet* – prim. aut.) prvobitno su se nazivali šerijat (*sharī'a*). Islamsko pravo, tako, nije dato u gotovom obliku, već na osnovu priznatih izvora treba da se stvaralački konstruiše. Taj zadatak spada u dužnost učenjaka (*'ulamā'*), odnosno pravoznalaca (*fukahā'*). Postupak kojim se pravo saznaje iz jezika svetih tekstova naziva se idžtihad (*idjtihād*), a definiše se kao “napor pravnik radi formulisanja pravnih propisa na osnovu dokaza sadržanih u izvorima”. Učenjak koji se smatra kvalifikovanim da crpi pravo iz poznatih izvora naziva se mudžtehid (*mudjtahid*), a rezultat njegovog umnog napora pravno mišljenje ili fetva (*fatwa*)¹².”

Kur'an predstavlja osnovni izvor šerijata, jer se po verovanju muslimana radi o Božjem (Allahovom) govoru koji je na arapskom jeziku objavljen Muhamedu, te ga kao takvog karakteriše nadnaravna priroda.¹³ Nakon *Kur'ana* sledi *sunet* (*suna*) pod kojim se podrazumeva „sve ono što je preneseno od Poslanika, a.s., osim *Kur'ana*, bilo to verbalnog, praktičnog ili odobravajućeg karaktera¹⁴. Od posebnog značaja je tzv. verbalni sunet koji se obično naziva *hadis* (*hadith*).¹⁵ Za razumevanje šerijata kao pravnog sistema, potrebno je razumeti upravo pomenuti pojam *idžtihada*, koji samo „približno odgovara onome što se u evropskoj nauci naziva tumačenjem prava“; dobru razliku između idžtihada i postupka tumačenja, kako se on razume u „svetovnom“ pravu, uočio je Bernard Vajs (*Bernard Weiss*), koji navodi da je idžtihad tumačenje izvora prava, a ne pravnih propisa, te u tom smislu „pravo kao sistem normi u islamu predstavlja kraj procesa tumačenja, a ne njegov početak. Zato je idžtihad istovremeno tumačenje

¹¹ F. Karčić (2009), 11 fn. 5.

¹² F. Karčić (2009), 9.

¹³ Detaljnije: S. Topoljak, *Uvod u metodologiju islamskog prava – Prvi dio*, Fakultet za islamske studije, Novi Pazar, 2006., 149-150. U radu je korišćen: *Prijevod Kur'ana*, prevo: B. Korkut, el Kelimeh, Novi Pazar, 2011.

¹⁴ S. Topoljak, 159.

¹⁵ *Ibid.*, 161. Postoje brojne zbirke hadisa. U radu ćemo koristiti prevode sledećih zbirki: el-Buhari, *Sahihu-l-Buhari: Buharijeva zbirka hadisa*, Tom 4, Visoki saudijski komitet za pomoć BiH, Sarajevo, 2009. (u daljem tekstu: *Buharija*); Z. El-Munziri, *Muslimova zbirka hadisa: Sažetak*, el-Kalem, Sarajevo, 2004 (u daljem tekstu: *Muslim*); et-Tirmizi, *Tirmizijin džami'-sunen: Tirmizijina zbirka hadisa sa komentarom prof. Mahmuta Karalića*, Tom 4, el-Kelimeh, Novi Pazar, 2010. (u daljem tekstu: *Tirmizi*); M. ibn Enes, *Muvetta – Verzija Muhameda ibnul-Hasena eš-Šejbanija, učenika imama ebu Hanife*, Knjiga 2, Elči Ibrahim-pašina Medresa, Travnik, 2008. (u daljem tekstu: *Muvetta*).

i stvaranje prava¹⁶. Za razumevanje prethodno navedenog dobro može poslužiti događaj koji je opisan u jednom hadisu, gde Muhamed, šaljući namesnika u Jemen, istog upituje kako će suditi, na šta mu on odgovara po Allahovoj knjizi, potom po sunetu Allahovog poslanika, a ako u tim izvorima ništa ne nađe, onda će dobro razmisliti i na osnovu toga presuditi.¹⁷ Potrebe prakse, međutim, ustanovljavaju potrebu za visokim stepenom izvesnosti subjektivnih tumačenja izvora prava, što se postiže time „kada više pravnika nezavisno dođe do istovjetnog rezultata“.¹⁸ U pitanju je institut *idžme* (*idjmā*), koja se prevodi kao konsenzus, a određuje kao „saglasnost mudžtehida jednog vremena o nekom pravnom pitanju, poslije smrti Allahovog poslanika“.¹⁹ Ovaj institut počiva na ideji „da će Božije vođstvo spriječiti muslimansku zajednicu da načini kolektivnu grešku, a da se ljudi u svakodnevnom životu mogu osloniti na ono što se osnovano smatra izrazom Božjeg prava“.²⁰ U izvore šerijatskog prava se, pored prethodno navedenih (Kur'an, sunet i idžma), navodi još i analogija ili *kijas*. *Kijas* se može odrediti kao „izjednačavanje jednog pravnog slučaja, za čiji pravni propis postoji sveti tekst, s drugim pravim slučajem, za čiji pravni propis ne postoji takav tekst, zbog podudarnosti dva slučaja u efektivnom uzroku propisa“.²¹

Ako bi sublimirali prethodno rečeno izvori šerijatskog prava se prema svom značaju i pravnoj snazi sistematišu na sledeći način: 1) *Kur'an*, kao Božija reč, 2) *sunet* (*suna*), kao praksa Poslanika Muhameda, odnosno *hadis* (*hadith*) koji bi se mogao odrediti kao Muhamedove izreke, 3) *idžma*, tj. konsenzus i 4) *kijas* ili analogija.²² Pomenute izvore šerijatskog prava pojedini autori nazivaju se primarnim izvorima, a pored njih postoje i pomoćni izvori, kao što su: „pravničko preferiranje“ (*istihsan*), običaj (*'urf* tur. *adet*), javni interes (*masleha mursele*), „preventivna zabrana“ (*sedu zerai/ sedduz-zerrai*), mišljenje prve generacije muslimana (*kavlu sahabi/ kawlus-sahabijj*), pravna presumpcija (*istishab*) i prethodni verozakon (šer'u men kablenu).²³

Vremenom unutar šerijatskog prava dolazi do formiranja pojedinih pravnih škola (*mezheb/ madhhab*). Najznačajne su, barem kada je reč o većinskom sunijskom islamu, njih četiri, a nose imene po licima koja

¹⁶ F. Karčić (2009), 9-10.

¹⁷ Ceo hadis videti u: *Tirmizija*, 450-451 hadis br. 1349. Na ovaj događaj se u našoj istorijskopravnoj literaturi upućuje u: S. Šarkić, D. Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Draganić, Beograd, 1996., 72.

¹⁸ F. Karčić (2009), 10.

¹⁹ S. Topoljak, 179.

²⁰ F. Karčić (2009), 10.

²¹ S. Topoljak, 199.

²² *Ibid.*, 146.

²³ *Ibid.*, 233-285.

se smatraju njihovim osnivačima: hanefijska,²⁴ malikijska,²⁵ šafijska²⁶ i hanbelijska.²⁷ Bitno je naglasiti da se ove škole, koje pripadaju istom, sunijskom islamu, međusobno priznaju, odnosno da se njihova učenja razlikuju samo u pogledu tumačenja pojedinih pravnih pitanja, a ne u pogledu suštinskih verskih dogmi. U okviru šiitskog islama najpoznatija je dža'ferijska pravna škola.²⁸ Sleđenje neke od navedenih pravnih škola naziva se *taklid* (*taqlid*). Međutim, ističe se da je taklid doveo do „zatvaranja vrata idžtihada“. Naime, pravnici i šire narodne mase vremenom se vezuju za pojedine mezhebe, čime su „...upute za praktično ponašanje tražene (su) u korpusima tumačenja pojedinih pravnih škola“, što je dovelo do nestanka neposrednog pozivanja na Kur'an i Sunet. No, od 19. veka, pa sve do danas menja se pomenuti diskurs, te se preduzimaju različiti naporu radi osporavanja teorije taklida, iako su takve aktivnosti započele još u 14. veku.²⁹ Zbog toga što danas postoje muslimani koji su zagovornici taklida, a drugi, pak, idžtihada, uzima se da ovi pojmovi (taklid i idžtihad) imaju „relaciono značenje“, pa mnogi evropski islamolozi dele muslimane na *mukalide* (*muqalid*), tj. one koji slede ili oponašaju neku školu, i *mudžtehide* (*mudjtahid*), one koji se „u otvorenim pitanjima religije upuštaju u vlastito tumačenje“. ³⁰ Međutim, ovde treba imati u vidu da se ovo naznačavanje pomenutih grupacija može odnositi samo na učenjake (*ulemu*) i pravnike, jer prosečan musliman, bez dobrog poznavanja teoloških i pravničkih učenja, nema mogućnost da se koristi pravno valjanim idžtihadom. Naprotiv, ukoliko bi svaki musliman dao sebi za pravo da se direktno poziva na osnovne izvore šerijata, doveo bi se u pitanje autoritet pravnika i učenjaka, uz veliku bojazan da „samotumačenje“ proizvede šerijatski neprihvatljiva shvatanja.

Već se ovde može zaključiti da se šerijatskopравни sistem razlikuje od „sekularnih“ pravnih sistema. Naime, po islamskom učenju „suverenitet i zakonodavstvo u islamskom sistemu vlasti pripadaju Uzvišenom Allahu.

²⁴ Osnivač je *Nu'man ibn Sabit abu Hanife* (rođen 699., umro 767. godine). V.: F. Karčić (2009), 29 i dalje.

²⁵ Osnivač je *Malik ibn Enes* (rođen 713., umro 795. godine). V.: Ibid., 37 i dalje.

²⁶ Osnivač je *Muhamed ibn Idris eš-Šafi* (rođen 776., umro 820. godine). V.: Ibid., 40 i dalje. Čuveni orijentalist Filip Hiti (*Philip Hitti*) ga smatra najvećim islamskim pravnikom koji je ustanovio „naučnu osnovu sistema zakonodavstva koja po svom obimu i dalekosežnosti nema pandana“. V.: F. Hiti, *Tvorci arapske istorije*, Utopija, Beograd, 2004., 190.

²⁷ Osnivač je *Ahmed ibn Hanbel* (rođen 780., umro 855. godine). V.: F. Karčić (2009), 44 i dalje.

²⁸ Osnivač je *Džafer ibn Muhamed es-Sadik* (rođen 699., umro 765. godine). V.: Š. Kurdić, *Ebu Hanife i namaz u hanefijskom mezhebu*, Islamska pedagoška akademija, Zenica, 2001., 128.

²⁹ F. Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, El Kalem-Centar za napredne studije, Sarajevo, 2011., 97-99.

³⁰ Tako Neimarlija u napomeni svog prevoda knjige: Ebu Hamid el Gazali, *Izbavljenje od zablude*, El Kalem, Sarajevo, 1989., 9-10 fn. 2. Kritički o taklidu: M. Štulanović, *Uvod u šerijatsko pravo (fikh) i njegovu metodologiju (usuli fikh)*, IPA&Muftuluk Bihački, Bihać, 2002., 13-14.

Zato nikako nije dozvoljeno bilo kojem čovjeku, vijeću, ili skupštini, da za sebe prisvajaju ovo pravo i da donose propise i zakone koji su u koliziji i oprečnosti sa zakonom (Šerijatom) Uzvišenog Allaha³¹. Ustavi nekih islamskih država sadrže odredbe da propisi koji se donose (uključujući i krivične) ne mogu biti u suprotnosti sa islamskim pravom.³²

3. Šerijatsko krivično pravo (ukubat/uqubat)

Imajući u vidu da je kriminalitet univerzalna i istorijska pojava, krivično pravo spada u red najstarijih grana prava, iako savremene konture dobija tek početkom 19. veka. Naime, ne treba zaboraviti da drevni pravni tekstovi, počev od Hamurabijevog zakonika pa nadalje, sadrže znatan broj krivičnopравnih odredaba. To ne treba da čudi, jer je osnovna funkcija krivičnog prava zaštita određenih dobara. U tom kontekstu krivičnim pravom se propisuju krivična dela, kao „društveno opasna ponašanja“, i krivične sankcije, kao represivne mere koje se izriču i izvršavaju prema učiniocima krivičnih dela. I u šerijatskom pravu se izdiferenciralo, kao posebna grana prava, krivično pravo, koje se označava terminom *ukubat (uqubat)*. Kao i kod svakog drugog društva i države, tako je i država nastala na principima islama „isticala za sebe pravo reagiranja na postupke koji se pojavljuju u društvu, a koji zaslužuju kažnjavanje zakonskom legislativom koja udovoljava islamskoj tački gledišta, a koja uzima u obzir tradiciju, bilo da se radi o prekršaju protiv Boga, društva ili pojedinca“³³.

Pravo da propisuje krivična dela i krivične sankcije u „laičkim“ pravnim sistemima pripada državi. Ona je titular prava kažnjavanja (*ius puniendi*). Tim povodom ukazaćemo na reči francuskog krivičara Emila Garsona (*Emile Garçon*), izrečene još 20-tih godina prošlog veka, da pravo kažnjavanja predstavlja „bitni atribut suverenosti“³⁴. Ova konstatacija je još aktuelna, jer kako ističu današnji teoretičari krivičnog prava, države ljubomorno čuvaju za sebe *ius puniendi*, kao kao jednu od najočitijih odlika njenog suvereniteta.³⁵ Ali kao što je rečeno, u šerijatskom pravu suveren je Bog, što ima određene reperkusije i na obeležja krivičnopравne zaštite. Naime, kao sakralno pravo, šerijatsko pravo karakteriše i „vertikalna“ dimenzija, što znači da je čovekovo ponašanje povezano sa nagrađivanjem

³¹ A. M. Tuhmaz, *Hanefijski fikh: Novi, pojednostavljeni pristup šerijatskim propisima po mezhebu imama Ebu Hanife, uz navođenje argumenata iz Kur'ana i sunneta – Sistem vlasti i sudstva i kazneno pravo u islamu*, Treća knjiga, Haris Grabus, Sarajevo, 2004., 16.

³² V.: F. Karčić (2011), 171-181.

³³ M. Hofmann, *Islam kao alternativa*, Bemust, Sarajevo, 1996., 171.

³⁴ E. Garson, *Krivično pravo*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1926., 50.

³⁵ B. Ristivojević, „Uticao politike na razvoj i uobličavanje međunarodnog krivičnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2011., 205 fn. 2.

i kažnjavanjem na „onom svetu“.³⁶ Tako, na primer, kada je reč o tzv. *hudud* delima (o tome u narednom izlaganju), odnosno kazni za takva ponašanja, jedan broj islamskih pravnika smatra da ona za učinioca predstavlja i iskup (čišćenje) od greha.³⁷ Takvo poimanje karaktera krivičnopravne reakcije je nepojmljivo u sekularnim (laičkim) pravnim sistemima. S tim u vezi smatramo umesnim da ukažemo na opaženje nemačkog konvertita na islam, Murada Hofmana (*Murad Hofmann*), koji govoreći o islamskom krivičnom pravu i strogim kaznama ističe: „Muslimani su još uvijek uvjereni da božanske naredbe, čak iako nadmašuju mogućnosti ljudskog poimanja, ostaju naredbe, a ne puke preporuke“.³⁸

U narednom izlaganju osvrnućemo se na tri pitanja šerijatskog krivičnog prava, u cilju poređenja sa dominantnim krivičnopravnim sistemima. Prvo je pitanje kategorizacije krivičnih dela, radi ustanovljavanja dobara koja se štite šerijatskim krivičnim pravom; drugo je pitanje krivične odgovornosti, jer odgovornost u svim pravnim sistemima predstavlja osnov kažnjavanja; treće pitanje se, pak, odnosi na karakteristike šerijatskog sistema krivičnopravne reakcije, pre svega kazni.

3.1. Kategorizacija krivičnih dela

U šerijatskom pravu prisutna je trodeobna podela krivičnih dela. Ova kategorizacija je zasnovana „primarno prema planiranim kaznama“,³⁹ tako da se razlikuju: 1) *hudud*, 2) *džinajet* (*jinayat*) i 3) *ta'zir*.

1) *Hudud* (jednina *had*). Ovaj pojam se prevodi kao „granica“.⁴⁰ „Šerijatske norme su nazvane hudud zbog toga što razlučuju između dopuštenog i zabranjenog, kao što je i neprijateljstvo (*adavet*) nazvano „prelaženje granica“ (*muhadat*), jer obje neprijateljski raspoložene strane prekršile su granice (*hudud*) postavljene među njima“.⁴¹ Jozef Šacht (*Josepf Schacht*) opisuje had kazne kao „Allahove ‘ograničavajuće naredbe’ *par excellence*“ („Allah's 'restrictive ordinances' *par excellence*“).⁴² Za ova krivična dela kazne su određene Kur'anom i sunetom. U grupu hudud dela spadaju:

³⁶ R. Peters, Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, Cambridge University Press, New York, 2005., 30.

³⁷ A. M. Tuhmaz, 349. Isti autor navodi da je ovo većinsko shvatanje u islamskoj jurisprudenciji, ali da isto ne prihvataju pravnici hanefijske pravne škole, jer oni smatraju da greh ne briše kazna hadud, čak i ako je izvršena, već da se greh „čisti“ pokajanjem. V.: *ibid.*, 351.

³⁸ M. Hofmann, 175.

³⁹ M. Yasin Aslan, „Transformation of Turkish Criminal Law from the Ottoman-Islamic Law to the Civil Law Tradition“, *Ankara Bar Review*, No. 2/ 2009, 94.

⁴⁰ F. Karčić (2011), 72.

⁴¹ A. M. Tuhmaz, 348.

⁴² J. Schacht, 175.

a) Krađa (*sarika*). U Kur'anu, sura *Ma'ida* (Trpeza), u ajetima 38 i 39 stoji: „*Kradljivcu i kradljivici odsijecite ruke njihove, neka im to bude kazna za ono što su učinili i opomena od Allaha! Allah je silan i mudar. A onome ko se poslije nedjela svoga pokaje i popravi se - Allah će, sigurno, oprostiti. Allah doista prašta i samilostan je*“.

b) Razbojništvo (*kat' al-tarik; kat'it tarik*). U šerijatskopravnoj literaturi⁴³ se navodi da se kur'anski osnov za ovo krivično delo nalazi u suri *Ma'ida*, u ajetima 33 i 34 koji glase: „*Kazna za one koji protiv Allaha i Poslanika Njegova vojuju i koji nered na Zemlji čine jeste: da budu ubijeni, ili razapeti, ili da im se unakrst ruke i noge odsijeku ili da se iz zemlje prognaju. To im je poniženje na ovome svijetu, a na onome svijetu čeka ih patnja velika, ali ne i za one koji se pokaju prije nego što ih se domognete! I znajte da Allah prašta i da je milostiv*“.

Za razbojništvo su predviđene, u smislu citiranog ajeta, sledeće kazne:⁴⁴ ukoliko je razbojništvo dovršeno - unakrsno odsecanje ruke i noge; ukoliko je razbojništvo ostalo u pokušaju (imovina nije oduzeta) zatvor;⁴⁵ ukoliko je razbojništvo praćeno ubistvom, ali nije došlo do oduzimanja imovine – smrtna kazna; ako izvršeno i ubistvo i oduzimanje imovine, ima se prava izbora između: odsecanja ruke i noge unakrst, ubijanje i razapinjanje; ili samo ubijanje; ili samo razapinjanje.

c) Blud (*zina*). Kur'an u suri *Nur* (Svetlo), ajet 2 propisuje: „*Bludnicu i bludnika izbičujte sa stotinu udaraca biča, svakog od njih, i neka vas pri vršenju Allahovih propisa ne obuzima prema njima nikakvo sažaljenje, ako u Allaha i u onaj svijet vjerujete, i neka kažnjavanju njihovu jedna skupina vjernika prisustvuje!*“.

Ova kazna je, međutim, predviđena za slučaj da je blud učinjen između lica koja se ne nalaze u bračnom statusu, a uz nju se izricala, kako se navodi u hadisima, i kazna proterivanja,⁴⁶ koja je imala karakter „diskrecione“ kazne koju je sudija mogao izreći.⁴⁷ Ukoliko su, pak, učinioci ovog dela u braku, tj. ako je reč o preljubi, onda se primenjuje smrtna kazna, što propisuju odgovarajući hadisi.⁴⁸

d) Optužba za blud (*kadhif*). Kur'an u suri *Nur* (Svetlo), ajet 4 i 5 propisuje: „*One koji okrive poštene žene, a ne dokažu to s četiri svjedoka, sa osamdeset udaraca biča izbičujte i nikada više svjedočenje njihovo ne primajte to su nečasni ljudi, osim onih koji se poslije toga pokaju i*

⁴³ A. M. Tuhmaz, 438.

⁴⁴ *Ibid.*, 440-441.

⁴⁵ Pojam proterivanje koji je naveden u ajetu neki autori tumače kao zatvaranje. V.: *Ibid.*, 440.

⁴⁶ V.: *Buharija*, 791—792, hadisi broj 8631-8633.

⁴⁷ A. M. Tuhmaz, 383.

⁴⁸ Brojni su hadisi ovu temu: *Buharija*, 784-786, hadisi br. 6825-6829; *Muslim*, 449-450, hadisi br. 1036-1038; *Tirmizi*, hadisi br. 1470-1474; *Muvetta*, 143-146, hadisi br. 691-693.

poprave, jer i Allah prašta i samilostan je!⁴⁹. Prema tome, za ovo delo se, u osnovi, predviđa kumulativno izricanje telesne kazne (bičevanje) i odbacivanje i neprihvatanje učiniočevog svedočenja „sve dok je živ“.⁴⁹

e) Opijanje (*shulb al khamr*).⁵⁰ Opštepoznat je stav islama o pijenju alkohola i korišćenju drugih opojnih sredstava. U te svrhe spomenimo ajete 90 i 91 sure *Ma'ida* koji glase: „O vjernici, vino i kocka i kumiri i strjelice za gatanje su odvratne stvari, šejtanovo djelo; zato se toga klonite da biste postigli što želite. Šejtan želi da pomoću vina i kocke unese među vas neprijateljstvo i mržnju i da vas od sjećanja na Allaha i od obavljanja molitve odvрати. Pa hoćete li se okaniti?“. Za ovaj prestup je, prema hadisima, propisano telesno kažnjavanje u vidu batinanja.⁵¹

f) Apostazija, tj. otpadništvo od vere (*ridda, irtidad*). Povodom ovog krivičnog dela Kur'an, u suri *Bekare*, ajet 217, spominje samo kaznu na budućem svetu:⁵² „...A oni među vama koji od vjere svoje otpadnu i kao nevjernici umru, - njihova djela bit će poništena i na ovom i na onom svijetu, i oni će stanovnici Džehennema biti, u njemu će vječno ostati“. Za ovo krivično delo sve šerijatskopravne škole, osim hanefijske, predviđaju smrtnu kaznu, kako za muškarca tako i za žene, dok hanefijska škola predviđa smrt za muškarce, lišenje slobode za žene i prisilno vraćanje u islam za maloletnike.⁵³ Islamski pravници uslovljavaju ubistvo za otpadnika od vere sledećim: javnim iskazivanjem otpadništva, istupanjem protiv islamskih principa i islamskog učenja, što znači da je otpadnik time „iskočio“ iz opšteg sistema islamskog društva.⁵⁴

2) *Džinajet (Jinayat)*. „*El-Džani* je počinilac zločina, a *el-džinajet* je imenica koja označava počinjeno zlo (zločin)“.⁵⁵ Ovim pojmom se označava „zabranjeni čin koji se tiče imovine ili života“,⁵⁶ te u tu kategoriju krivičnih dela spadaju dela protiv ličnosti, pre svega, ubistvo

⁴⁹ A. M. Tuhmaz, 387-388.

⁵⁰ *Hamr (khamr)* se u Korkutovom prevodu Kur'ana prevodi kao vino. „Pod arapskom riječju *khamr* podrazumijeva se svako alkoholno piće koje uzrokuje opijanje“. V.: Y. el-Qardawi, 113. Ovaj autor se poziva na hadis u kojem se kaže: „Sve što opija je alkohol (*khamr*), a svaki alkohol je haram (tj. zabranjen – op.aut.)“, kao i na reči drugog halife Omera ibn el-Hataba (*Umar ibn al-Khattab*): „*Khamr* (alkohol) je sve ono što muti razum“ (ibid., 115). U tom kontekstu Kardavi zaključuje: „Supstance poznate pod imenom droge, poput marihuane, kokaina, opojuma i sl. definitivno spadaju u kategoriju *khamra*“ (ibid., 122).

⁵¹ A. M. Tuhmaz, 403-406.

⁵² F. Karčić (2011), 76.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ H. Tahir (prir.), *Islam između istine i optužbe*, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu – el Kalem, Sarajevo, 2004., 66.

⁵⁵ A. M. Tuhmaz, 471.

⁵⁶ *Ibid.*

i telesne povrede,⁵⁷ ali i oštećenje imovine.⁵⁸ Predmetna dela povlače za sobom odmazdu, tj. talion (*kisas*; *qisas*), pa se u literaturi označuju i nazivom *kisas*.⁵⁹ No, umesto odmazde, za ovaj slučaj oblik reakcije može biti novčana kompenzacija/ krvnarinu (*dija*; *diya*),⁶⁰ te u tom kontekstu treba spomenuti sledeći hadis: „Kome neko (iz porodice) bude ubijen ima pravo na jedno od dvoje: da oprostí (i uzme krvarinu) ili da (za ubicu) zahtijeva odmazdu“.⁶¹ Prema tome, uzima se da je kod ovih krivičnih dela povređen, pre svega, privatni interes, te se gonjenje preduzima osnovu tužbe oštećene strane.⁶²

U vezi sa ubistvom treba se osvrnuti na ajete 178 i 17. sure *Bekare* u kojima stoji: „*O vjernici! Propisuje vam se odmazda za ubijene: slobodan – za slobodna, i rob - za roba, i žena - za ženu. A onaj kome rod ubijenog oprostí, neka oni velikodušno postupe, a neka im on dobročinstvom uzvrati. To je olakšanje od Gospodara vašeg, i milost. A ko nasilje izvrši i poslije toga, njega bolna patnja čeka. U odmazdi vam je - opstanak, o razumom obdareni, da biste se ubijanja okanili!*“.⁶³ Tumačeći ove ajete čuveni komentator Kur'ana *Kurtubi* kaže da su učenjaci „jednoglasni oko toga da se odmazda može vršiti i pravo ostvarivati samo uz pomoć vlasti. Pojedincima nije dozvoljeno da se svete jedni drugima. Odluku o odmazdi može donijeti samo vladar ili njegov opunomoćenik. Uzvišeni je Allah zadužio vladara da zaštiti ljude jedne od drugih“.⁶³ Kratko rečeno, iako se radi o povredi privatnog interesa, dato pravo se sprovodi preko organa vlasti. S tim u vezi zanimljivo je zapažanje *Petersa* (*Rudolph Pethers*) da država ima supsidijarnu ulogu u slučaju ubistva i telesnih povreda, s tim da u slučaju da ne dođe do odmazde država ima mogućnost da učinioca kazni na osnovu *ta'zir-a* (treće kategorije delikata). U tom kontekstu navodi mišljenje malikijske pravne škole, po kojem se učinilac umišljajnog ubistva, u odnosu na kojeg se ne može izvršiti odmazda, jer mu je porodica ubijenog oprostila, može kazniti po osnovu *ta'zira* zatvorom od godinu dana i bičevanjem od stotinu udaraca.⁶⁴

Inače, princip taliona je eksplicitno propisan u ajetu 45 sure *Ma'ida*: „*Mi smo im u njemu propisali: glava za glavu, i oko za oko, i nos za nos, i uho za uho, i zub za zub, a da rane treba uzvratiti. A*

⁵⁷ V.: R. Peters, 7;

⁵⁸ F. Karčić (2011), 73.

⁵⁹ F. Karčić, „Osmanski krivični zakonik iz 1858. i njegova primjena u BiH“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LVIII – 2015., 300.

⁶⁰ R. Peters, 7.

⁶¹ Navedeno prema: E. A. M. A.E. el-Kurtubi, *Tefsir: Sveobuhvatni tumač kur'anskih poruka 2*, Bookline, Sarajevo, 2014., 210.

⁶² F. Karčić (2011), 73.

⁶³ E. A. M. A.E. el-Kurtubi, 213-214.

⁶⁴ R. Peters, 39.

onome ko od odmazde odustane, biće mu to od grijeha iskupljenje. Oni koji ne sude prema onom što je Allah objavio pravi su nasilnici“. Ovo pravilo se primenjuje i za telesne povrede, a i u tom slučaju je moguća kompenzacija.⁶⁵ Treba napomenuti da se u islamskoj pravnoj nauci razlikuju pojedini oblici ubistva i telesnih povreda.

3) *Ta'zir*. Ovaj pojam se prevodi kao odvracanje, sprečavanje.⁶⁶ „U šerijatskopravnoj terminologiji pod ta'zirom se misli na neodređenu odgojnu mjeru čije je preciziranje prepušteno prosudbi vladara“,⁶⁷ tj. radi se o delima gde se vrši diskreciono kažnjavanje zbog učinjenih grehova ili zabranjenih ponašanja, odnosno o delima ugrožavanja javnog reda ili državne bezbednosti.⁶⁸ Naime, za sprečavanje određenih ponašanja politička i sudska vlast u islamskoj državi je ovlašćena da izriče preventivne ili kaznene mere rukovođena načelom državnog razloga (*siyasa*).⁶⁹ U okviru ove grupe delikata spadaju krivična dela protiv javnog reda, morala i verskih pravila, kao, na primer, lažno svedočenje, poslovanje s kamatom, korupcija, lažno merenje u trgovini, zanemarivanje verskih dužnosti i sl. Kazne za ta'zir su različite, odnosno kako ističe *ibn Tejmije* ta'zira ima više vrsta, a ogleda se u verbalnom prekoru, zatvoru, proterivanju iz zemlje i fizičkom kažnjavanju.⁷⁰

Prema Petersu prve dve kategorije krivičnih dela, koja su u pravnoj nauci podrobno obrađena, mogu se smatrati *islamskim krivičnim pravom u užem smislu*, „sa karakterističnim obeležjima koja su ga odvojila od drugih oblasti prava, kao što su odsustvo odgovornosti dece i umobolnih lica, stroga pravila dokazivanja i u kojem veliku ulogu igra koncept sumnje (*shubha*) kao odbrane“.⁷¹ *Ta'zir* delikti, pak, predstavljaju sveobuhvatnu kategoriju krivičnih dela za koja su vlastima data široka ovlašćenja, tako da vlast može diskreciono kažnjavati različita grešna ili društveno-politički nepoželjna ponašanja. „Kaznena ovlašćenja vlasti jedva da su ograničena pravom i, kao posledica toga, ovo učenje (misli se na ta'zir –op.aut.) pruža malo zaštite za optuženog“.⁷² Međutim, *ta'zir* delikti su u nekim islamskim državama, kao npr. u Osmanlijskoj carevini, prilikom donošenja *Ceza Kanunnamei-i Humayunu* (Carskog krivičnog zakonika), dali mogućnost za kodifikaciju krivičnog prava. Naime, ovaj Zakonik je predstavljao spoj islamske i evropske kontinentalne pravne tradicije, suzio je primenu šerijatskog prava, dok su njegovi pisci tvrdili

⁶⁵ V.: A. M. Tuhmaz, 50-504, 522-526.

⁶⁶ A. M. Tuhmaz, 451; F. Karčić (2011), 73.

⁶⁷ A. M. Tuhmaz, 451.

⁶⁸ R. Peters, 7.

⁶⁹ F. Karčić (2011), 73.

⁷⁰ Navedeno prema: J. Kardavi, 30.

⁷¹ R. Peters, 7.

⁷² *Ibid.*

su da su samo specificirali sankcije iz kategorije *ta'zira*.⁷³

Iako se predmetna kategorizacija krivičnih dela zasniva na propisanoj kazni, iz dostupne literature može se utvrditi da se pomenute vrste delikata razlikuju ne samo po kriterijumu propisane kazne, već i po svojoj prirodi. Tako, ističe se da *hudud* dela predstavljaju kršenje Božjih prava (*hukuk Allah; huquq Allah*), te predstavljaju u širem smislu delikte protiv religije. „Vjerski karakter djela iz kategorije *hudud* vidio se u tome što je iskreno pokajanje počinioca (*tevba*) moglo u određenim slučajevima otkloniti primjenu sankcije“.⁷⁴ *Džinajet* delikti su, pak, kao krivična dela protiv ličnosti, upravljena protiv prava ljudi (*hukuk el ibad; huquq al ibad*), dok *ta'zir* dela predstavljaju delom povredu Božjih, a delom ljudskih prava, tako da su mere za njihovo sprečavanje objedinjavale u sebi kako elemente odmazde, tako i elemente popravljanja učinioca.⁷⁵

Imajući u vidu izneto, može se reći da u šerijatskom pravu osnovnu kategoriju krivičnih dela čine krivična dela protiv religije, koja su upravljena protiv Božjih prava. U tom kontekstu se fundamentalne vrednosti koje se štite šerijatskim krivičnim pravom razlikuje od vrednosti koje štiti evrokontinentalno, odnosno anglosaksonsko krivično pravo. Štaviše, u zapadnim civilizacijama se učenje o krivičnopravnoj zaštiti kretalo i kreće na relaciji da li su čovekova dobra (karakteristično za liberalno krivično pravo) ili, pak, dobra države, društva ili zajednice (karakteristično za totalitarno krivično pravo) primarni objekt krivičnopravne zaštite.⁷⁶ Ovi koncepti, a naročito liberalni koji je prisutan u većini evropskih zemalja, razlikuju se od koncepta na kojem počiva šerijatsko krivično pravo. Od doba prosvetiteljstva pa nadalje, verske dogme se u zapadnoj civilizaciji potiskuju iz državne politike, naročito iz njenog kriminalnopolitičkog diskursa.

3.2. Krivična odgovornost

Princip krivice (individualne subjektivne odgovornosti) „znači to da svako odgovara za ono krivično delo koje je učinio, a na osnovu

⁷³ Vid.: F. Karčić, 2015, 295-304.

⁷⁴ F. Karčić (2011), 73.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Detaljno vid.: Z. Stojanović, *Krivično pravo: Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2012., 60-67. I u anglosaksonskoj doktrini se pravi razlika između liberalnog i autoritativnog koncepta svrhe krivičnog prava. Po liberalnom konceptu samozaštita (*self-protection*) i sprečavanje povrede drugih predstavlja jedino opravdanje za ograničenje slobode drugih, dok po autoritativnom konceptu, nezavisno od samozaštite, određene radnje su tako velike i nemoralne da se moraju sprečiti po svaku cenu, „a gušenje ovih poroka je posao zakonodavca kao suzbijanje subverzivnih delatnosti“. Vid.: M. Molan, D. Lanser, D. Bloy, *Bloy and Parry's Principles of Criminal law*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 2000., 7.

subjektivnog odnosa koji ima prema tom delu⁷⁷, odnosno, kako ističe Flečer (*George Fletcher*), ne može postojati krivična odgovornost ako se protivpravno delovanje (*wrongdoing*) ne pripiše određenom učiniocu, tj. da krivična odgovornost ne postoji bez skrivljenog (ili prekorljivog) protivpravnog delovanja.⁷⁸ Naravno, u krivičnim zakonodavstvima današnjice postoje odgovarajući izuzeci od principa krivice,⁷⁹ ali povodom toga možemo konstatovati da izuzetak potvrđuje pravilo.

Islamsko krivično pravo takođe počiva na principu krivice.⁸⁰ Kolektivna odgovornost nije dopuštena, mada postoje neki izuzeci. Takav slučaj se može, na primer, naći u hanefijskoj pravnoj školi u vezi sa institutom *kasame* (*qasama*; ovaj pojam znači zaklinjanje), prema kojem se žitelji kuće ili sela mogu držati odgovornim za materijalne posledice ubistva učinjenog u kući ili selu, ukoliko je izvršilac ostao nepoznat.⁸¹ Smisao njenog propisivanja se očituje u „zaštiti ljudskih života i njihove krvi da ne bude zalud prolivena..., te u potvrđivanju odgovornosti članova društva zbog zanemarivanja zaštite života. Zbog toga je obavezna materijalna kompenzacija za sve stanovnike tog naselja u kojem je ubijeni nađen jer nisu bili dovoljno angažirani na njegovoj zaštiti...“⁸²

U pogledu odgovornosti za *hudud* i dela za koja je predviđena odmazda (*kisas*), postavljeni su zaista strogi uslovi, tako da učinilac mora: 1) posedovati sposobnost činjenja ili nečinjenja radnje (*kudra, qudra*), 2) imati znanje (*ilm, 'ilm*) da je radnja krivično delo i 3) postupati umišljajno (*kasd, qasd*).⁸³ Ako bi navedeno preveli na „laičke“ krivičnopravne sisteme, mogli bi utvrditi da pomenuti uslovi odgovaraju: 1) shvatanju čovekove radnje kao voljnog pokreta ili propuštanja, te potrebi da je učinilac uračunljiv,⁸⁴ 2) potrebi postojanja svesti o protivpravnosti, odnosno zabranjenosti čovekovog ponašanja⁸⁵ i 3) potrebi postojanja, za navedena krivična dela, umišljaja kao oblika krivice.⁸⁶

U islamskom krivičnom pravu krivična odgovornost je isključena:

⁷⁷ E. Ćorović, „Princip krivice kao osnov preispitivanja opravdanosti krivičnih sankcija u krivičnom pravu Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2013, 352-353.

⁷⁸ G. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, Oxford University Press, New York, 1998, 82, 84.

⁷⁹ U našoj literature tome je posvećena jedna monografija. V.: J. Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008.

⁸⁰ R. Peters, 20. Detaljno o kasami: A. M. Tuhmaz, 561-569.

⁸¹ R. Peters, 20.

⁸² A. M. Tuhmaz, 565.

⁸³ R. Peters, 20.

⁸⁴ O subjektivnom obeležju radnje i njenom odnosu sa uračunljivošću v.: D. Drakić, *Neuračunljivost*, Školska, Novi Sad, 9-10.

⁸⁵ O ovom institutu v.: N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Pravni fakultet Univerziteta u Beograd, 65-71.

⁸⁶ Umišljaj se tretira „pravilom“ u imputiranju krivičnog dela učiniocu. V.: Z. Stojanović, 147.

1) kada učinilac nije dostigao određeni uzrast, 2) u slučaju umobolnosti (ludila) i 3) u slučaju nesvesnosti.⁸⁷ Zanimljiv je, s tim u vezi, sledeći hadis: „Podignuto je pero od trojice: od spavača dok se ne probudi, od dijeteta dok ne poraste i od maloumnog (ludog) dok ne postane pametan“. Sintagma „podignuto pero“ znači da se nabrojanim licima „ne zapisuju dobra i loša dela“, tj. „dok su u ovakvom stanju, oni nemaju nikakve odgovornosti ma šta propustili ili uradili“.⁸⁸ U svakom slučaju, u gotovo svim krivičnopравnim sistemima neće postojati odgovornost učinioca ukoliko nije dostigao određeni uzrast,⁸⁹ ukoliko je neuračunljiv⁹⁰ i u slučaju da je radnje preduzeo u nesvesnom stanju (snu, pod dejstvom *vis absoluta*),⁹¹ te se može utvrditi da uvom slučaju postoji kompatibilnost šerijatskog krivičnog sistema sa ostalim.

Iako među islamskim pravnicima postoji spor oko toga kada nastupa punoletstvo, većina smatra da je to sa nastupanjem puberteta.⁹² Pri tome postoje dva načina za utvrđivanje punoletstva:⁹³ 1) prirodni znaci - polucija (*ihtilan*) kod muškarca i menstruacija (*haiz*) kod žena i 2) navršene godine života. Islamski pravnici predviđaju minimum godina pre kojih ne može nastupiti, odnosno posle kojih se uzima da je nastupio pubertet, s tim da se ovi starosni limiti razlikuju od škole do škole: prema svim sunitским pravnim školama pubertet/ punoletstvo za žene nastupa najranije sa navršenih 9 godina, što je starosna granica i za muškarce u okviru malikijske i šafijske pravne škole, dok prema hanbelijskoj školi muškarci ne mogu ući u pubertet pre 10, a prema hanefijskoj pre 12 godina; gornji limit za pubertet za muško i žensko lice iznosi 15 godina po hanefijskoj, šafijskoj i hambelijskoj školi, odnosno 18 godina po malikijskoj školi. Po šiitskom učenju nije predviđen minimalni uzrast punoletstva ni u odnosu na muškarce ni u odnosu na žene, a pubertet nastupa sa navršenih 15 godina za muškarca, odnosno 9 za ženu. Iz rečenog se da zaključiti da se unutar navedenih starosnih granica pubertet

⁸⁷ R. Peters, 21.

⁸⁸ V.: *Tirmizi*, 5, hadis br. 1458., kao i komentar prevodioca M. Karalića u fn. 1 na istoj strani.

⁸⁹ Starosna granica krivične odgovornost različito je uređena u pojedinim državama. Najčešće se predviđa starosna dob od 14 godina kada lice postaje krivično odgovorno (Nemačka, Španija, Rumunija, Srbija, Hrvatska itd.), ali u nekim državama je predviđen niži (10 godina – Švajcarska, Engleska, Vels; 12 godina Turska, Holandija itd.) odnosno viši (15 godina Švedska i Danska), uzrast. V.: M. Škulić, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopравnom smislu“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, br. 2/2010., 221-222.

⁹⁰ Mali broj država danas u svojim krivičnim zakonima ne određuju pojam neuračunljivosti. V.: D. Drakić, 56-58.

⁹¹ I. Vuković, „Osnovi isključenja radnje kao osnovi isključenja krivičnog dela?“, U: Đ. Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji II deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012., 170-185.

⁹² F. Karčić (2011), 236.

⁹³ H. Dozo, *Fetve: Pitanja i odgovori*, Publik Press, Beograd, 1996., 308.

utvrđuje na osnovu fizičkih znakova seksualne zrelosti,⁹⁴ s tim da se gornji limit apsolutno primenjuje ako je „nemoguće utvrditi punodobnost prirodnim putem – znakovima, zbog toga što se uopšte ne pojavljuju ili zbog toga što je nemoguće saznati njihovu pojavu, ako ta osoba neće da kaže ako se radi o njenoj šteti“.⁹⁵

Za umoboslnost (ludilo) bi se moglo reći da odgovara pojmu neuračunljivosti (*mental incapacity; insanity, Schuldunfähigkeit*). Pravi se razlika između ludosti i slaboumnosti, pri čemu se slaboumnost (*matuhluk*) deli na apsolutnu, gde je isključena „moć rasuđivanja i poimanja“, pa je lice u takvom stanju, ustvari, „luđak“, i delimičnu, kada lice „posjeduje određeni stepen poimanja i rasuđivanja, ali ne kao normalan čovjek“. Delimična slaboumnost podseća na institut bitno smanjene uračunljivosti, ali po šerijatskom pravu ni u odnosu na lica koja su se nalazila u ovom stanju ne može se primeniti sankcija, ali postoji njihova imovinska odgovornost.⁹⁶ Zato se može zaključiti da pomenuti koncept umobolnosti (ludila) i slaboumnosti odgovara tzv. biološkom metodu utvrđivanja neuračunljivosti, jer postojanje psihopatoloških uzroka automatski vodi do eksculpacije. Taj metod se danas uglavnom napušta; poznaje ga kineski KZ, a dugo vremena, sve do 1994. godine, primenjivao se u francuskom pravu, na osnovu *Code Penala* iz 1810. godine.⁹⁷ Inače, maloletstvo i umobolnost ne isključuju materijalnu (građansku) odgovornost štetnika, jer ona počiva na uzročnosti, što znači da se ne zahteva da je šteta prouzrokovana skrivljeno.⁹⁸

Rečeno je i da nesvesnost isključuje krivičnu odgovornost. Međutim, ukoliko je nesvesnost rezultat opijanja, neće imati navedeno dejstvo, jer samo opijanje spada u *hudud*.⁹⁹ Ipak, šerijatski pravници nisu saglasni povodom kažnjavanja pijanstva i dela učinjenom u takvom stanju, kao, na primer, u slučaju ubistva, krađe ili bluda u pijanom stanju. Većina islamskih pravnika smatra da će se u ovom slučaju učinilac kazniti kaznom za to delo – izvršiće se odmazda za ubistvo, kazna za blud odnosno krađu itd., dok jedan manji deo pravnika smatra da će se primeniti samo kazna za opijanje. Materijalno odgovornost u ovom slučaju svakako postoji.¹⁰⁰ Navedena pitanja podsećaju na učenje o *actiones liberae in causa* evrokontinentalnoj krivičnopravnoj doktrini.

Pored umišljaja, šerijatsko krivično pravo poznaje i nehat kao oblik krivice. Tako, na primer, u ajetu 92 sure *Nisa*’ (Žene) stoji: „*Nezamislivo*

⁹⁴ V.: R. Peters, 21.

⁹⁵ H. Đozo, 308.

⁹⁶ S. Topoljak, 114-116.

⁹⁷ D. Drakić, 61.

⁹⁸ R. Peters, 21.

⁹⁹ V.: *Ibid.*, 21.

¹⁰⁰ S. Topoljak, 130.

je da vjernik ubije vjernika, to se može dogoditi samo - nehotice. Onaj ko ubije vjernika nehotice - mora osloboditi ropstva jednog roba - vjernika i predati krvarinu porodici njegovoj; oslobođen je krvarine jedino ako oni oproste...“¹⁰¹. Prema tome, nehatno postupanje isključuje odmazdu za smrt.

Na ovom mestu spomenućemo još institut šubhe (*shubha*). Kod nas se ovaj institut prevodi kao sumnja, a svoje uporište ima u hadisu koji glasi: „Otklanjajte od muslimana *hudude* koliko možete. Ako mu pronadete neki izlaz, pustite ga, jer je vladaru bolje da pogriješi u praštanju negoli u kažnjavanju“¹⁰¹. U pogledu ovog instituta zanimljivo je Petersovo zapažanje, koji ističe da postoji više vrsta šubhi i njenih klasifikacija, ali da se suštinski mogu razlikovati dva tipa šubhe (koju on prevodi kao *uncertainty* – neizvesnost): u odnosu na činjenice (*uncertainty as to the fact*) i u odnosu na pravo (*uncertainty as to the law*). Prvi slučaj šubhe postoji ako lice veruje da je njegovo ponašanje zakonito, jer je opravdano pogrešio u identifikovanju lica ili predmeta, dok njen drugi oblik postoji kada lice veruje u dopuštenost svojih radnji, koje proizilaze iz pogrešnog razumevanja zakona.¹⁰² Ovako shvaćen, predmetni institut dosta podseća na učenje o stvarnoj (*error in facti*) i pravnoj (*error in iuris*) zabludi koje se sreće u evrokontinentalnoj krivičnopravnoj pravnoj misli.

3.3. Sistem krivičnopravne reakcije

Iz predhodnog izlaganja smo videli da se kao kriteriju za razlikovanje pojedinih vrsta krivičnih dela u šerijatskom pravu uzima predviđena kazna. U tom smislu, šerijatsko pravo poznaje: smrtnu kaznu – koja se izvršava u nekim slučajevima (preljuba) kamenovanjem, ili razapinjanjem, kao i na druge načine; telesno kažnjavanje – u vidu batinanja (bičevanje) ili sakaćenja; proterivanje; zatvor; opomenu; imovinske kazne - novčana kazna i konfiskacija, difamne kazne - javno izlaganje poruzi; kazne koje podsećaju na gubitak nekih građanskih prava (na primer da se svedoči) i sl.¹⁰³ U oblike krivičnopravne reakcije svakako spada i kompozicija, tj. novčana kompenzacija (*diya*).

Stiče se utisak da je u pitanju jedan poprilično represivni sistem. Imajući u vidu da sam Kur'an proklamuje odmazdu i talion, može se zaključiti da je u pitanju retributivistički koncept, odnosno da se radi o izraženim apsolutnim idejama o svrsi kažnjavanja. Ipak, imajući u vidu sakralni karakter šerijatskog prava, svrha kažnjavanja se manifestuje i u vaspitanju i popravljanju. „Islam je liječio sklonost za kriminalom kod kriminalaca i iz njihovih duša je potpuno iskorijenio, a u njihova srca

¹⁰¹ A. M. Tuhmaz, 353.

¹⁰² R. Peters, 22.

¹⁰³ V.: R. Peters, 30-38; J. Kardavi, 30-32.

usadio ljubav ka dobru i poštenju...Vrijedi napomenuti da se islam ne oslanja pri odgoju i vaspitavanju ljudskih duša samo na žestoke kazne. U islamu nije kazna glavno sredstvo pri odgoju i vaspitanju. Allah je u islamu kaznu propisao za neke rijetke pojedince u društvu kojima ne koriste odgoji vaspitanje. Glavno sredstvo u islamu za popravljjanje duša, njihovo vaspitanje i odgajanje jeste usađivanje u duše vjerovanja u Uzvišenog Allaha i podsticanje da osjećaju strahopoštovanje prema Uzvišenom, kao i usađivanje svijesti da On vidi naša djela, pokoravanje Njemu i često spominjanje Njega. Vidjet ćemo da je Uzvišeni Allah poslije ajeta o onima koji siju nered po zemlji, a prije ajeta o krađi, rekao: "O vjernici! Allaha se bojte i nastojte da Mu dragi budete, i na putu Njegovu vi se borite da tako uspjeh zadobijete"¹⁰⁴.

Danas u Evropi, sem Belorusije, ni jedna država ne poznaje smrtnu kaznu. Naime, Protokolom br. 13 iz 2002. godine, na Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i sloboda iz 1951., smrtna kazna je bezuslovno ukinuta. Zato nijedna članica Saveta Evrope nema smrtnu kaznu. Istina, poznaje je još i Krivični zakonik Ruske Federacije, ali tamo postoji moratorijum na njeno izricanje i izvršenje. Smrtna kazna je prisutna u brojnim zemljama sa većinskim muslimanskim stanovništvom (na primer Egipat, Saudijska Arabija, Iran, Irak), te u nekim drugim azijskim državama (Kina i Severna Koreja), dok je od visokorazvijenih država poznaje Japan i pojedine federalne jedinice unutar Sjedinjenih Američkih Država.¹⁰⁵ Treba napomenuti da Arapska povelja o ljudskim pravima (*Arab Charter on Human Rights*),¹⁰⁶ usvojena od strane Arapske lige, u čl. 6 predviđa da se smrtna kazna može izreći samo za najteža krivična dela u skladu sa zakonima koji su na snazi u vreme izvršenja krivičnog dela i na osnovu pravnosnažne presude nadležnog suda, s tim da je osuđenim licima priznato pravo na pomilovanje ili zamenu kazne; u čl. 7. se propisuje da se smrtna kazna se ne može izreći licu mlađem od 18 godina, osim ako nije drugačije predviđeno u zakonima koji su na snazi u vreme izvršenja krivičnog dela; isti član predviđa zaštitu za trudnicu i dojilju u vezi sa ovom kaznom, postavljajući još zahtev da se u takvim slučajevima vodi računa o interesima deteta. Naravno, smrtna kazna nije karakteristična samo za šerijatsko pravo, ali neki načini pogubljenja, pre svega kamenovanje, smatraju se nehumanim.

Što se tiče telesnog kažnjavanja ono je danas napušteno u zemljama zapadne civilizacije. Negativan stav o telesnom kažnjavanju

¹⁰⁴ A. M. Tuhmaz, 344-345. U pitanju je ajet 35 sure *Ma'ida*.

¹⁰⁵ Vid.: E. Ćorović, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, E. Ćorović –SVEN, Novi Pazar – Niš, 2015, 79.

¹⁰⁶ League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, May 22, 2004, reprinted in 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005), entered into force March 15, 2008. <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/loas2005.html>, pristup 31.08.2016.

u evropskoj pravno-filozofskoj misli često se vezuje za Bekariju (*Cesare Beccaria*) i njegovo delo „O zločinima i kaznama“ (*Dei delitti e delle pena*) iz 1764. godine.¹⁰⁷ Pojedine muslimanske države i danas poznaju telesno kažnjavanje, uključujući i sakaćenje (Saudijska Arabija, Iran, Sudan, u Nigeriji države Kano i Zamfara),¹⁰⁸ što je inkompatibilno sa međunaridnim standardima o ljudskim pravima.

Sakralni karakter šerijatskog prava oblikovao je i određene specifične oblike reakcije na kriminalna ponašanja, kao što je, na primer, oprost i pokajanje, na šta ukazuju i prethodno citirani Kur'anski tekstovi. Štaviše, oprost i pokajanje se preporučuju vernicima u brojnim slučajevima. Oprost i pokajanje, često uz kompenzaciju (*diya*), imaju za cilj da izmire „kriminalni par“, zločinca i oštećenu stranu, čime treba da se ublaže posledice izvršenog krivičnog dela još „na ovom svetu“. Ovo predstavlja vrlo značajan pravni mehanizam u uređenju međuljudskih osoba. Štaviše, u zapadnoj civilizaciji se poslednjih decenija proklamuje koncept restorativne pravde (*restorative justice*), koji u svom krajnjem cilju nastoji popraviti odnose između „zavađenih strana“. Da u šerijatskom pravu nije cilj uvek primeniti kaznu, ukazuju i mehanizmi borbe protiv bagatelnog kriminaliteta. Pravilo *praetor non curat minima* koje se vezuje još za rimsko pravo, imam svoje pandane i u šerijatskom krivičnom pravu, kao na primer u slučaju krađe stvari koja ne doseže odgovarajuću vrednost, ili krađi iz nužde.¹⁰⁹

Prema tome, sistem sankcija u šerijatskom pravu jeste strog, ali postoje priznati mehanizmi alternativnog reagovanja na kriminalitet. Isto tako, kod ovih kazni retribucija jeste veoma izražena, ali je koncept „oprosta i pokajanja“ prilično relativizuje.

4. Umesto zaključka

Šerijatsko krivično pravo se po mnogo čemu razlikuje od „sekularnih“ krivičnopravnih sistema. Religijski karakter šerijatskog prava u celini svakako se odražava i na polje krivičnog prava. U tom smislu različite su, pre svega, vrednosti koje se njima primarno štite. Tako, dok su zločini protiv Boga polazna osnova u šerijatskom krivičnom pravu, nekih od tih delika gotovo uopšte nema u zapadnjačim krivičnim zakonima. Na primer, promena religije u sekularnim državama je stvar slobode verovanja; u tim državama pitanje seksualnih odnosa, predbračnih i bračnih, tiče se slobode izbora partnera (izuzev u slučajevima pedofilije, prinudnog odnosa i sl.); pijenje alkohola je načelno nekažnjivo (u nekim

¹⁰⁷ C. Beccaria, *O zločinima i kaznama*, Logos, Split, 1984., str. 89, 102-104.

¹⁰⁸ Detaljno: R. Peters, 142-185.

¹⁰⁹ A. M. Tuhmaz, 414.

slučajevima će predstavljati prekršaj protiv saobraćaja ili javnog reda i mira). S druge strane, ova ponašanja su u šerijatu kažnjiva strogim kaznama. Čak ako se osvrnemo na krađu i razbojništvo, iako se može reći da je reč o deliktima *mala in se*, postoje različiti pristupi u inkriminisanju ovih ponašanja: u šerijatu predstavljaju delikte protiv Božjih prava, a u sekularnim državama dela protiv imovine. Nasuprot tome, krivična dela ubistva i telesnih povreda se u zapadnim pravnim sistemima smatraju najtežim delima, sa visokim stepenom društvene opasnosti, tj. jako izraženim javnim interesom, dok se u šerijatskom pravu oštećenoj strani daju velike mogućnosti da utiču na ishod postupka koji se vodi povodom tih dela, jer se smatra da je povređen privatni interes. Prema tome, koncepti ovih krivičnopravnih sistema, evrokontinentalnog i anglosaksonskog, s jedne, i šerijatskog, s druge strane, su postavljeni na posve različitim filozofskim osnovama.

Ipak, nezavisno od toga, treba uzeti da određena dobra kao što su život, telo, imovina, bezbednost, i sl. predstavljaju dobra koja imaju jako uporište u pomenutim krivičnopravnim sistemima, iako se ne rangiraju isto i ne počivaju na istoj filozofiji. Zato u razumevanju pomenutih opštih načela krivičnog prava treba poći od toga da su *najznačajnija dobra priznata u ovim sistemima*, što im je, znači, *zajednički imenitelj*, bez obzira na mesto koje svako od ovih dobara uživa unutar pojedinog sistema. *Tačka vezivanja* između predmetnih sistema krivičnog prava vidljiva je i u *prihvaćenim konceptima odgovornosti*. U pitanju je subjektivna odgovornost (krivica), koja akte kriminalnog delovanja pripisuje učiniocu, ne i drugim licima. U tom kontekstu, civilizacijski domašaj principa krivice je neupitan, barem sa stanovišta posmatranih sistema krivičnog prava.

Emir Ćorović, Ph.D

Assistant Professor, Department for legal sciences,
State University at Novi Pazar

Senad Ganić, Ph.D

Assistant Professor, Department for legal sciences,
State University at Novi Pazar

BASIC CHARACTERISTIC OF SHARIA CRIMINAL LAW IN COMPASION WITH THE DOMINANT CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Summary

Sharia law is one of the so-called great legal systems. This article deals with Sharia criminal law (Uqubat) and its basic characteristics. The aim is to draw attention to its basic features, in order to make general comparison with the dominant criminal law systems, which include the euro-continental and Anglo-Saxon law systems. It is not difficult to conclude, that the Sharia law, including its criminal law part, as a sacred law, is quite different from the secular legal system. Nevertheless, we should find some connection points, which certainly exist, because, among other things, as one of the sources of International Criminal Law, occurring general principles of criminal law recognized by the community of nations.

Keywords: Sharia law, criminal law, ukubat, criminal acts, criminal responsibility, criminal law reactions.